

**Titel:**

**Zulassung zum Christkindlmarkt**

**Normenkette:**

GemO BY Art. 21

**Leitsätze:**

**1. Dass eine Bewerbung im Vorjahr zu einer erfolgreichen Vergabe geführt hat, bindet die Gemeinde nicht, bei identischer Bewerbung wieder eine Zulassung zu erteilen. Es müssen die Bewerbungen des aktuellen Jahres nachvollziehbar bewertet werden. (Rn. 37)**

**2. Eine Abwertung beim Kriterium „Bekannt und Bewährt“ ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn bei einer früheren Veranstaltung die Standmaße erst nach Aufforderung eingehalten wurden. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, Bewerber besser zu bewerten, die vollständig und von sich aus den geschlossenen Vertrag einhalten gegenüber Bewerbern, die man auch nur im Vorfeld zur Veranstaltung zur Vertragserfüllung anhalten musste. (Rn. 45 – 46)**

**Schlagworte:**

Zulassung zu einer gemeindlichen Einrichtung (Weihnachtsmarkt / Christkindlmarkt), Erschöpfung der Kapazität, Auswahlermessen, Vorjahresbewerbung, bekannt und bewährt

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 3.600 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

**1**

Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der er seine Zulassung zum ...er Christkindlmarkt 2017 erreichen will.

**2**

Der Christkindlmarkt findet jährlich auf dem Vor Platz vor der Kirche 1... in ... statt und beginnt am Donnerstag vor dem 1. Advent, also im Jahr 2017 am 30.11.2017. Nach den Vergaberichtlinien der Stadt ... (Punkt 2.1) beherbergt der Christkindlmarkt rund 55 Betriebe verschiedener Kategorien. Punkt 2.2 der Vergaberichtlinien lautet: "Die Darstellungen und Angebote sollen nach Art, Qualität, Ausstattung und Betriebsweise eine hohe Anziehungskraft ausüben und das Gepräge eines traditionellen Weihnachtsmarktes abbilden. Im Rahmen der Platzvergabe ist darauf zu achten, dass eine ausgewogene Besetzung mit folgenden Geschäftskategorien gewährleistet ist: Verkaufsgeschäfte (z.B. Kunsthandwerk, Geschenkartikel, Christbaumschmuck, usw.), Kinder(fahr-)geschäfte, Glühwein-/Imbissgeschäfte, Süßwaren. Eine Veränderung der Kategorien sowie die Bildung von Unterkategorien sind unter Wahrung des Gesamtkonzeptes zum Beispiel bei verändertem Verbraucherverhalten oder wegen platzspezifischer Gegebenheiten nach dem Gestaltungswillen des Veranstalters möglich."

**3**

Die Bewertungskriterien sind in 2 Gruppen eingeteilt. Die erste Gruppe (Attraktivität, Faktor 60) umfasst die Kriterien 1. Anziehungskraft/Beliebtheit (Faktor 24), 2. Optik/Fügung ins Gesamtbild und Veranstaltungskonzept (Faktor 12), 3. Umweltschutz (Faktor 12), 4. Preisgestaltung (Faktor 12). Die zweite Gruppe (Persönliche Eignung, Faktor 40) umfasst die Kriterien 5a. bekannt und bewährt oder 5b. Neubewerber (jeweils Faktor 18), 6. Reisegewerbe (Faktor 8), 7. Ortsansässigkeit (Faktor 7), Familienbetrieb (Faktor 4), 9. Durchführung (Faktor 3).

#### 4

Zu jedem Kriterium sind Erläuterungen enthalten, insofern wird auf Behördenakte Bezug genommen. Das Kriterium „Anziehungskraft/Beliebtheit“ ist dabei wie folgt definiert: „Sie stellt das zentrale Kriterium der Attraktivität dar und wird deshalb am höchsten gewichtet. Bewertet wird, welche Anziehungskraft das Geschäft bzw. Warenangebot auf die Besucher ausübt. Besondere Wirkung, Reiz, Beliebtheit und Nachfrage wirken sich hierbei positiv aus. So werden beim Christkindlmarkt Bewerber, die kunsthandwerklich gefertigte Produkte anbieten und/oder an ihrem Stand künstlerische Tätigkeiten, wie beispielsweise Holzschnitzerei, Holzmalerei, Glasbläserei und dergleichen verrichten, bevorzugt.“ Das Kriterium „Optik/Fügung ins Gesamtbild und Veranstaltungskonzept“ ist dabei wie folgt definiert: „Bewertet wird die Gestaltung des Geschäftes/Standes. Die Größe des Geschäftes und die Einfügung ins Veranstaltungskonzept spielen dabei eine Rolle. Beim Christkindlmarkt ist eine weihnachtsmarktspezifische – d.h. klassisch-altdeutsche – Ausrichtung maßgeblich.“ Das Kriterium „Umweltschutz“ ist dabei wie folgt definiert: „Beim Umweltschutz werden nachgewiesene effektive Beiträge und Investitionen zur Ökologie bewertet (zum Beispiel Energiesparmaßnahmen, energieeffiziente Beleuchtung) sowie vorgelegte einschlägige Zertifizierungen (zum Beispiel über ökologische, biologische, fair gehandelte Produkte).“ Das Kriterium „Bekannt und bewährt“ ist dabei wie folgt definiert: „Hier wird bewertet, ob der Bewerber ein erfahrener Stammbesucher in ... und ggf. anderen Standorten ist und aus vorangegangenen Teilnahmen an ... Jahrmärkten als beliebt und kundenfreundlich einzustufen ist (Besucherresonanz, Erkenntnisse des Veranstalters). Daneben fließt die bisherige Vertragserfüllung in die Betrachtung ein (z.B. Möglichkeit der Platzgeldzahlungen, Jugendschutz, Ordnungskräfte, Einhaltung der vertraglichen Auflagen). Berücksichtigt wird auch die Sicherheit-, Gewerbe- und lebensmittelrechtlich unbedenklich des Bewerbers ist der Bewerber überregional tätig, kann in die entsprechenden Referenzen vorliegen.“

#### 5

Unter dem 13.06.2017 reichte der Antragsteller eine Bewerbung für einen Platz mit seinem Stand in der Kategorie „Süßwaren“ auf dem Weihnachtsmarkt 2017 bei der Antragsgegnerin ein. Insgesamt erhielt er auf seine Bewerbung eine Gesamtbewertung von 315 Punkten. Auf die Bewerbungsunterlagen und den Bewertungsbogen wird Bezug genommen.

#### 6

Von den übrigen Mitbewerbern in der Kategorie „Süßwaren“ erhielten drei eine höhere Gesamtbewertung als der Antragsteller, nämlich 1... (Gesamtbewertung 371 Punkte), B... (Gesamtbewertung 369 Punkte), C... (Gesamtbewertung 334 Punkte). Auf die Bewerbungsunterlagen und den Bewertungsbogen wird jeweils Bezug genommen. Nach dem Gestaltungskonzept des Christkindlmarkts 2017 vom 31.08.2017 waren nach Sichtung der Bewerbungen und Feststellung, dass aufgrund der Platzkapazitäten nicht alle Bewerber berücksichtigt werden können in der Kategorie „Süßwaren“ 2 Bewerber zugelassen worden. Explizit wurde, dass die höhere Zahl (3) an Süßigkeiten 2016 aufgrund eines Rechtsstreits nicht dauerhaft beibehalten werden soll, da der Antragsgegnerin an der Ausgewogenheit der Angebotskategorien gelegen ist.

#### 7

Nach Punkt 8.1.1 der Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin erfolgt die Zulassung der Beschicker der Kategorien der Ziffer 2.2 mit Zugang des Vertrages. Punkt 8.1.2 der Vergaberichtlinien lautet: „Bewerber, die bis zu dem in der Ausschreibung genannten Termin (Zuschlagstermin) kein Vertragsangebot erhalten haben, gelten als abgelehnt, ohne dass es einer schriftlichen Mitteilung bedarf. Hierauf ist in der öffentlichen Ausschreibung ausdrücklich hinzuweisen. Nicht berücksichtigte Bewerber haben die Möglichkeit, innerhalb von 2 Wochen nach dem Zuschlagstermin schriftlich einen kostenpflichtigen Ablehnungsbescheid samt Begründung und Rechtsmittelbelehrung anzufordern.“

#### 8

Der Zuschlagstermin für das Jahr 2017 war am 30.09.2017.

#### 9

Unter dem 20.09.2017 wurde dem Vertreter des Antragstellers von der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass bei 2 Plätzen eine Zulassung des auf dem 4. Rang liegenden Antragstellers nicht möglich war.

#### 10

Am 21.10.2017 suchte der Antragsteller um einstweiligen Rechtsschutz nach. Am 08.10.2017 hatte er zudem Klage erhoben, die unter dem Aktenzeichen RN 5 K 17.1783 geführt wird und verfolgt seine

Zulassung zum ...er Christkindlmarkt 2017. Weiter erhob er am 20.10.2017 Klage (Az. RN 5 K 17.1871) gegen die Zulassung der Beigeladenen. Zur Begründung lässt er im Wesentlichen ausführen:

#### **11**

Die Platzkapazitäten seien nicht ausgeschöpft. Dies zeige sich daran, dass nach erfolgreichem Eilverfahren im Jahr 2016 der Stand des Antragstellers noch habe zugestellt werden können. Die Antragsgegnerin trage vor, dass die Platzkapazitäten 2017 denjenigen im vorausgehenden Jahr entsprechen. Dass die Kapazitäten nicht erschöpft seien, zeige sich auch daran, dass der Antragsteller 2016 seinen angestammten Platz erhalten habe und es drei Süßwarenstände gab. Er habe nicht etwa den Standplatz eines Bewerbers aus einer anderen Kategorie innegehabt. Stattdessen sei dies bei der Bewerberin D... der Fall gewesen. 5 m Standlänge seien relativ klein.

#### **12**

Der Antragsteller müsse in der Kategorie „Anziehungskraft/Beliebtheit“ fünf statt drei Punkte erhalten. Sein Angebot sei genau beschrieben, man könne es jedenfalls aus den beigefügten Fotos erkennen. Er biete vielleicht weniger verschiedene Produkte an, dafür von hoher Qualität und keinen „Gemischtladen“. Qualität sei der Vorrang vor Quantität zu geben. Ausweislich eines Vertrags aus 2010 sei ihm ein beschränktes Angebot sogar von der Stadt ... aufgegeben worden, nur an dieses halte er sich. Außerdem gehe die Antragsgegnerin nicht auf die von ihr selbst aufgestellten Bewertungskriterien in diesem Punkt, nämlich Wirkung, Reiz, Beliebtheit und Nachfrage, ein. Die Darbietung hätte bewertet werden müssen, was anhand der Fotos der Bewerbung möglich gewesen wäre. Das Angebot von Bio-Produkten sei bei dem Antragsteller, anders als bei den Konkurrenten, nicht berücksichtigt worden. Zudem habe der Antragsteller 2016 sein Angebot auch nicht ausführlicher beschrieben als 2017 und dies sei nicht beanstandet worden. Die Antragsgegnerin habe sich also insofern selbst gebunden. Zudem müsse dieses Kriterium aus der Wertung ausscheiden, da seine Umschreibung und Anwendung intransparent und nicht nachvollziehbar sei. Es sei unklar, was mit Anziehungskraft, Beliebtheit, Nachfrage, besonderer Wirkung oder Reiz genau gemeint oder wie dies zu bewerten sei. Die Abgrenzung der Anziehungskraft zum Kriterium Optik sei unklar. Zudem könne die Mitbewerberin C... gar nicht bewertet werden, dass sie noch nie beim ...er Christkindlmarkt war. Das Angebot des Antragstellers sei außerdem aufgrund der kleineren Standgröße kleiner als bei Mitbewerbern. Dies dürfe nicht negativ in die Bewertung einfließen.

#### **13**

Der Abzug gegenüber den Mitbewerbern bei Kriterium Optik sei nicht nachvollziehbar, sein Stand wäre sogar regelmäßig von der Antragsgegnerin als Referenzstand gezeigt. Zudem sei nach den eigenen Vorgaben der Antragstellerin die Größe des Geschäfts hier ein Kriterium. Diese sei aber gar nicht bewertet worden (Bewertungsausfall) und die Stände der besser bewerteten Mitbewerber seien um einen bzw. drei Meter länger. Kleinere Bestände würden sich aber besser einfügen. Wo Verbesserungsbedarf bestehen solle, sei nicht erkennbar. Daher hätten fünf, nicht vier Punkte vergeben werden müssen.

#### **14**

Beim Kriterium Umweltschutz habe er im Wesentlichen die gleichen Zertifizierungen wie Frau C..., aber weniger Punkte erhalten. Eine Begründung sei nicht gegeben worden.

#### **15**

Der Abzug um einen Punkt beim Kriterium „bekannt und bewährt“ sei damit begründet worden, dass bei einer anderen Veranstaltung eine Überschreitung der maximalen Standfläche stattgefunden hatte und ein Aufsteller (.....) außerhalb der Markierungen platziert wurde. Dies sei durch Sohn und Schwiegersohn des Antragstellers so gemacht worden. Auf Monierung durch die Antragsgegnerin hin wurde dieser Zustand sofort beseitigt, bezüglich der Standlänge noch bevor das Fest losgegangen sei. Der Antragsteller sei telefonisch erreichbar gewesen. Der Antragsteller habe sich jederzeit kooperativ verhalten. Bei diesem Vorfall handele es sich um eine absolute Bagatelle. Zudem sei die Abgrenzung zum Kriterium „Durchführung“ unklar. Daher dürfe ein eventueller Mangel in der Vertragserfüllung nicht beim Kriterium „bekannt und bewährt“ gewertet werden.

#### **16**

Der Antragsteller lässt beantragen,

im Wege der einstweiligen Anordnung wird die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragsteller mit seinem Süßwarenstand zum ...er Christkindlmarkt 2017 zuzulassen.

**17**

Die Antragsgegnerin beantragt,

der Antrag wird abgelehnt.

**18**

Die Platzkapazität sei erschöpft. Die Antragsgegnerin hat von ihren Ausgestaltungsermessen insofern in legitimer Weise Gebrauch gemacht, als nur zwei Süßwarenstände zugelassen wurden. Dies sei anhand von Gesichtspunkten der Attraktivität und Erfahrungen aus der Vergangenheit geschehen. Die Ermessensausübung habe durch Aufstellung eines Gestaltungskonzepts unter dem 31.08.2017 stattgefunden. Ein freier Spielraum bestehe nicht, da sämtliche zur Verfügung stehenden Standplatzflächen belegt seien. Die Ausweisung weiterer Stellplätze sei aus sicherheitstechnischen Gründen nicht möglich. Der Platz werde benötigt für: Besucherzu-/abwege, Besucherströme, Rettungswege und Ein-/Ausfahrten. Ansonsten sei das Veranstaltungsgelände durch die örtlichen Gegebenheiten begrenzt. Weitere Stellplätze würden eine gesteigerte Gefährdung von Besuchern und Personal bedeuten. Schon 2016 sei die Platzkapazität voll ausgeschöpft gewesen. Der Antragsteller habe damals nur deshalb nachträglich gelassen werden können, weil ein Beschicker aus einer anderen Kategorie kurzfristig schwer erkrankte und nicht teilnehmen konnte.

**19**

Hinsichtlich der Bewertungskategorie „Anziehungskraft/Beliebtheit“ führt die Antragsgegnerin aus: der Antragsteller habe sein Produktangebot nicht näher vorgestellt im Gegensatz zu den Bewerbungen seiner Mitbewerber. Die Vielzahl der angebotenen Produkte definieren aus Überzeugung und Erfahrung des Veranstalters aber gerade die Anziehungskraft des Geschäfts. Bei nur zwei Ständen käme der Vielfalt ein besonderer Wert zu. Das Bewerbungsformular die daher auch viel Platz und enthalte den Einleitungssatz: „Ausführliche Erläuterung, welches Waren-, Leistungs-, Unterhaltungsangebot das Geschäft des Bewerbers anbietet und besonders auszeichnet.“ Die Bewerbung des Antragstellers biete nur eine allgemeine Aussage: „frisch gebrannte Mandeln und Nüsse aus der ganzen Welt,... frische Schokofrüchte“. Aus dem für das Kriterium Optik vorgelegten Bildmaterial können nicht ausreichend auf das angebotene Sortiment geschlossen werden ebenso wenig wie auf die behauptete „exklusive Qualität“. Die wenig greifbaren Angaben in der Bewerbung hätten eine bessere Bewertung verhindert. Dafür, dass das breitere Angebot der Mitbewerber von geringerer Qualität sei, bestünden keinerlei Anhalt vielmehr errege beispielsweise das vielfältige Angebot des Mitbewerbers B... eine hohe Besuchernachfrage.

**20**

Man habe sich zudem nicht nur auf die Vielfalt des Sortiments beschränkt, sondern auch die weiteren Attribute Wirkung, Reiz, Beliebtheit und Nachfrage angemessen. In den Bewertungsmatrizen, die Antragsgegnerin erstellte, finden sich zum Beispiel folgende Angaben: teilweise Bio-Produkte, Herzmalerie, Bonuskarten, Befüllung kostenlos, Live-Manufaktur. Die Bioprodukte des Antragstellers seien auch ausweislich der Bewertungsmatrix vollem Umfang berücksichtigt worden.

**21**

Die Antragsgegnerin habe dem Antragsteller kein Sortiment vorgeschrieben. Der vorgelegte Vertrag beziehe sich nur auf das Jahr 2010, in dem der Antragsteller anders als jetzt eine Bude der Antragsgegnerin mit 4 m Breite gemietet gehabt habe. Der 5 m Stand zum Beispiel aus 2016 sei ausweislich des damaligen Vertrages explizit mit dem Sortiment „gemäß Bewerbung“ genehmigt gewesen. Dies sei auch bei einem persönlichen Gespräch im Nachgang zur letztjährigen Klage nochmals klargestellt worden.

**22**

Zum Kriterium „Optik/Fügung ins Gesamtkonzept“ wird vorgetragen: Dass der Stand des Antragstellers als Referenzstand diene, entbehre jeglicher Grundlage. Vier Bewerber, darunter der Antragsteller, erhielten vier Punkte, da sie dieses Kriterium gleichermaßen erfüllen würden. Man sehe aber etwas Spielraum nach oben. Von einer Abwertung des Antragstellers gegenüber den anderen Bewerbern könne also nicht gesprochen werden. Andere Bewerber erhielten auch weniger Punkte.

**23**

Die Höherbewertung in der Kategorie Umweltschutz der Bewerberin C... ergebe sich nachvollziehbar aus der Bewertungsmatrix, da dort weitere Maßnahmen genannt wurden.

**24**

Die Abwertung um einen Punkt beim Kriterium „bekannt und bewährt“ sei mit den beiden Überschreitungen des Standplatzes bei der Frühjahrsduft 2017 gerechtfertigt. Erst auf Hinweis wurden diese beseitigt. Dass Standbetreiber die Maße nicht eigenmächtig verlängern, sei wichtig, um die notwendigen Abstände für Durchgänge, Verkehrswege und Rangierarbeiten einzuhalten.

## 25

Im Übrigen wird auf die Gerichtsakten in den Haupt- und Eilsacheverfahren verwiesen, sowie auf die Behördenakte, die dem Gericht vorgelegen hat.

## II.

## 26

Der Antrag des Antragstellers ist zulässig aber unbegründet. Gemäß § 123 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Hierzu muss sowohl ein Anordnungsgrund wie auch ein Anordnungsanspruch hinreichend glaubhaft gemacht worden sein (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

## 27

Einen Anordnungsanspruch kann der Antragsteller jedoch nicht erfolgreich geltend machen.

## 28

1. Es ergibt sich kein Anspruch auf Zulassung zum Christkindlmarkt 2017 in ... mit dem Süßwarenstand des Antragstellers. Der Anspruch hätte sich allein aus Art. 21 GO ergeben können. Danach sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Beim Weihnachtsmarkt der Antragsgegnerin handelt es sich nicht um einen nach den §§ 69 Abs. 1, 68 Abs. 1 GewO festgesetzten Spezialmarkt, sondern um eine öffentliche Einrichtung i.S.d. Art. 21 GO (Ziffer 1.3 Vergaberichtlinie). Auch als Nicht-Gemeindeangehöriger kann der Antragsteller einen Anspruch aus Art. 21 GO haben, denn die Antragsgegnerin hat den Zugang unabhängig von der Gemeindezugehörigkeit auch für auswärtige Bewerber eröffnet (Ziffer 6.1 Vergaberichtlinie). Der Zulassungsanspruch ist aber begrenzt durch die tatsächlichen Kapazitäten; der Antragsteller kann nicht verlangen, dass zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden (BayVGH U.v. 23.3.1988 – 4 B 86.02336 – BayVBl. 1989, 148ff.). Vorliegend ist die Kapazität erschöpft. Jedenfalls drängt sich bei Heranziehung des Plans für das Jahr 2017 (Bl. 287 der Behördenakte) nicht unmittelbar auf, dass noch Platz für einen weiteren 5 m breiten Stand wäre. Dass Besucherströme noch genauso gut möglich wären mit einem weiteren Stand, der immerhin die Breite der eingeplanten Eingänge zum Markt hätte, also einen Eingang kosten würde, lässt sich nicht unmittelbar zur Überzeugung des Gerichts feststellen. Dies wird auch nicht unmittelbar geltend gemacht. Stattdessen wird vorgebracht, man hätte im letzten Jahr den Stand des Antragstellers schlicht noch hinzustellen können. Dieser Vortrag könnte zwar indiziellen Charakter haben für 2017 und weiteren Vortrag der Antragsgegnerin nötig machen. Er trifft allerdings nach dem Vortrag beider Seiten nicht zu. Beide Seiten gehen davon aus, dass die Zulassung von 3 statt 2 Süßwarenständen in 2016 nur dadurch erfolgte, dass ein Anbieter einer anderen Kategorie krankheitsbedingt absagte (vgl. E-Mail des Anbieters E..., Bl. 47 Gerichtsakt). Dass nun nicht der Antragsteller 2016 den Platz des absagenden Anbieters bekam, sondern die Mitbewerberin Frau D..., wie der Antragsteller geltend machen lässt, vermag argumentativ nicht zu überzeugen. Ob nun ein Anbieter absagt und der damalige Antragsteller diesen Platz erhält oder eine andere Teilnehmerin diesen Platz erhält und der Antragsteller den Platz dieser Bewerberin (sozusagen im Ringtausch) erhält, ändert nichts an der Zahl der zur Verfügung stehenden Plätze bzw. der mit Ständen bestückbaren Fläche. Vielmehr werden die Stände nur reihum verschoben. Hieraus kann aber schon denklösig nicht geschlossen werden, dass die Kapazität größer als von der Antragsgegnerin dargestellt sei.

## 29

2. Wenn die Gesamtkapazität für den Weihnachtsmarkt erschöpft ist, steht dem Antragsteller aber ein Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens zu. Dieser Anspruch ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, weil der Antragsteller in der Hauptsache nicht nur seine eigene Zulassung begehrt, sondern auch die Zulassung einer Konkurrentin (der Beigeladenen) angefochten hat, so dass selbst bei tatsächlicher Ausschöpfung der Gesamtkapazität dies einem Anordnungsanspruch nicht entgegensteht (vgl. BayVGH B.v. 12.7.2010 – 4 CE 10.1535 – juris). Die jeweiligen Klagen dürften auch

zulässig, insbesondere fristgerecht erhoben sein. Zwar hat der Antragsteller mit der mündlichen Ablehnungsentscheidung keine Rechtsbehelfsbelehrung erhalten. Jedenfalls aber hätte er mit der Klageerhebung am 08.10.2017 und 20.10.2017 auch eine Monatsfrist nach dem 20.09.2017 eingehalten.

### **30**

Das Verfahren der Antragsgegnerin ist allerdings mit keinen Ermessensfehlern behaftet.

### **31**

Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich insofern darauf, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob nicht gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen wurde, ob in die Entscheidung sachwidrige Erwägungen eingeflossen sind und sie frei von Verfahrensfehlern ergangen ist (BayVGh B.v. 22.7.2015 – 22 B 15.620 – juris Rn. 45; BayVGh, B.v. 28.7.2015 – 22 ZB 14.1261). Das Verwaltungshandeln muss dabei grundsätzlich transparent und nachvollziehbar sein (BayVGh U.v.11.11.2013 – 4 B 13.1135 – juris Rn. 23).

### **32**

Hierbei müssen nicht nur die Kriterien für die Auswahlentscheidung transparent und nachvollziehbar sein; auch der konkrete Auswahlvorgang selbst muss diesen Erfordernissen genügen (BayVGh B.v. 12.8.2013 – 22 CE 13.970 – juris Rn. 31, 36, 39).

### **33**

a. Die Anwendung dieser Grundsätze in der Kategorie „Anziehungskraft/Beliebtheit“ hält einer Prüfung stand. Ausweislich der Bewertungsmatrizen für die einzelnen Bewerber und Tabelle zur Angebotsvielfalt in Bl. 7 der Behördenakte spielte die Vielfalt bzw. Anzahl der angebotenen Produkte bei der Punktevergabe eine Rolle. Auch wenn dies noch deutlicher hätte gemacht werden können, so decken die im Vorfeld der Bewerbung gegebenen Informationen noch hinreichend transparent dieses Vorgehen ab. Die Bewertungskriterien enthielten die Aussage: „Bewertet wird, welche Anziehungskraft das (...) Warenangebot auf die Besucher ausübt.“ Zudem enthielt das Bewerbungsformular die Überschrift: „Ausführliche Erläuterung, welches Waren(...)angebot das Geschäft des Bewerbers anbietet und besonders auszeichnet.“. Hieraus lässt sich erkennen, dass eine ausführliche Beschreibung des Angebots erfolgen soll, welche dann hinsichtlich der Anziehungskraft bewertet werden wird. Der Antragsteller beschränkte sich dabei in seinem Bewerbungstext auf Oberbegriffe, während die besser bewerteten Mitbewerber konkrete Angebotslisten einreichten und bei großer Vielfalt findet sich eine Bewertung mit 5, bei mittlerer Vielfalt mit 4 Punkten. War das Angebot nur knapp beschrieben finden sich 3 Punkte. Selbst wenn man nicht nur die Angabe zur Frage nach diesem Kriterium, sondern die zum Punkt Optik (des Standes) eingereichten Fotos mit einbezieht und unterstellt (was nicht sicher ist), dass nicht nur der dort abgebildete Stand, sondern auch das Angebot so Teil der Bewerbung sein soll, erscheint das Angebot des Antragstellers nicht offenkundig als breiter als das von mit 4 oder gar 5 Punkten bewerteten Bewerbern. Sein Umfang war jedoch schlechter abzuschätzen und daher die Bewertung mit 3 Punkten auch nachvollziehbar.

### **34**

Die Forderung nach einem Vorgehen „Qualität vor Quantität“ kann nicht durchgreifen. Weder ist die Minderwertigkeit der Konkurrenz bekannt oder dargetan, noch wäre dieses Vorgehen zwingend. Dass die Antragsgegnerin auf die Quantität abstellt, welche sich leichter bewerten lässt, ist jedenfalls ein denkbare Vorgehen, um die Anziehungskraft zu bewerten. Schließlich wird bei einem Weihnachtsmarkt diese aufgrund der beschränkten Zeit eventuell weniger von durch Qualität überzeugten, wiederkehrenden Kunden, sondern von sich spontan zum Kauf entscheidenden Kunden gekennzeichnet, sodass die Angebotsvielfalt durchaus darauf hindeuten mag, wie groß die Anziehungskraft eines Standes sein wird. Ein kleineres Angebot kann zudem für Qualität sprechen, muss dies aber nicht. Die Bewertung v.a. an der Vielfalt der Süßwaren festzumachen ist somit jedenfalls nicht erkennbar ermessensfehlerhaft.

### **35**

Zudem hat die Antragsgegnerin die weiteren Kriterien Wirkung, Reiz, Beliebtheit und Nachfrage berücksichtigt und Besonderheiten wie „Bio-Produkte, Herzmalerei, Bonuskarten, Befüllung kostenlos, Live-Manufaktur“ herangezogen und höhere Punktzahlen vergeben. Der Antragsteller hat davon das Kriterium Bio-Produkte erfüllt, wie auch die besser Bewerteten, es ist also nachvollziehbar, dass dies auch in die vergebenen 3 Punkte eingeflossen ist.

### **36**

Dass das kleinere Sortiment von der Antragsgegnerin vorgeschrieben sei, wie vom Antragsteller vorgetragen, kann das Gericht nicht nachvollziehen. Er stützt sich dabei nur auf den Vertrag von 2010, sodass die dortige Angabe schon nur beschreibenden statt vorschreibenden Charakter haben kann. In 2016 wurde über den Stand dann vielmehr eine Vertrag mit Sortiment „gemäß Bewerbung“ erstellt, es handelte sich nicht mehr um, einen von der Stadt gemieteten Stand. Dass also hier irgendeine Bindung beabsichtigt gewesen sein soll, erschließt sich nicht.

### **37**

Aus einer „Nicht-Beanstandung“ der geringen Angebotsbeschreibung in 2016, sollte dies der Fall gewesen sein, folgt noch keine Selbstbindung für 2017, die auch so zu akzeptieren. Der Antragsgegnerin muss als Teil ihrer Auswahlentscheidung die Möglichkeit verbleiben, aufgrund der für 2017 konkret eingereichten Bewerbungen die verschiedenen Angebote zu bewerten. Bindungen, wie die dargestellte, durch Nichtbeanstandung bestimmter Charakteristiken von Bewerbungen, würden gegenüber mehreren Bewerbern zu kaum noch zu handhabenden Einschränkungen der Entscheidung führen. Die Argumentation, dass etwas im Vorjahr genügte, kann allenfalls insoweit Bedeutung erlangen, als sie ein Indiz darlegt, dass die diesjährige Bewertung nicht mehr nachvollziehbar sei. Dies ist aber wie dargestellt gerade der Fall. Würde sich das Niveau der Mitbewerber deutlich verbessern, kann nicht etwas, was in den Vorjahren zur Vergabe genügte im aktuellen Jahr auch genügen, obwohl die Mitbewerber das bessere Angebot unterbreiteten.

### **38**

Allein die Darbietung der Produkte des Antragstellers auf den eingereichten Fotos stellt sich auch nicht, wie vorgebracht, als dermaßen überlegen dar, dass man die Punktevergabe nicht mehr nachvollziehen könne.

### **39**

Die Umschreibung des Kriteriums könnte zwar das angewandte Vorgehen noch genauer widerspiegeln, ist aber nicht als intransparent zu werten. Zwar stellt der Vertreter des Antragstellers heraus, dass Anziehungskraft, Beliebtheit, Nachfrage, besonderer Wirkung oder Reiz kaum mit naturwissenschaftlichen Mitteln mathematisch exakt so bewertet werden können, dass es nur eine richtige Lösung gibt. Dies ist jedoch nicht nötig, es muss nur nachvollziehbar sein, weshalb ein Angebot als besser bewertet wurde. Dies ist auch anhand der genannten Begriffe möglich und wie dargestellt nachvollziehbar erfolgt. Auch ist die Abgrenzung zum Kriterium Optik nicht unklar. In beiden Fällen heißt es zwar, es werden „das Geschäft“ bewertet, was vielleicht in die Richtung einer Vermischung deuten könnte. Dann wird nach der Beschreibung in den Bewertungskriterien bei der Anziehungskraft aber auf Warenangebot und Tätigkeiten am Stand abgestellt, bei der Optik aber auf die Gestaltung des Standes an sich. Vergleichbares findet sich im Bewerbungsbogen. Die Abgrenzung ist also noch hinreichend transparent.

### **40**

Auch das Angebot der Neubewerberin C... kann entgegen der Ansicht des Vertreter des Antragstellers eben aufgrund ihrer Darstellung in der Bewerbung bewertet werden. Anderenfalls könnte es kaum je neue erfolgreiche Bewerber geben.

### **41**

Richtig ist zwar, dass ein 5m-Stand gegenüber einem 8m-Stand eines Mitbewerbers ein kleineres Angebot bedingen kann (aber nicht zwingend muss, abhängig davon, ob mehr im Stand oder woanders gelagert und dann nachgefüllt wird). Eine, nach dem Vortrag des Vertreters des Antragstellers implizit gewünschte, Bewertung nach „Angebotsvielfalt pro Standlänge“ würde nur auf den ersten Blick ein genaueres Kriterium darstellen, da diese Vielfalt dann immer noch mit den weiteren Kriterien in Bezug gesetzt werden müsste, um zur Gesamtbewertung in dieser Kategorie zu gelangen. Die Gewichtung dieser Kriterien untereinander würde wiederum im Ermessen stehen und ein Gesamtbild der genannten, nicht mathematisch exakt bestimmbar Kriterien als maßgeblich ergeben. Beide Wege erscheinen dem Gericht jedoch gleichermaßen nachvollziehbar.

### **42**

b. Die Bewertung der Optik der vier besten Stände gleichermaßen mit 4 Punkten kann bei ähnlicher Standgestaltung als nachvollziehbar und transparent erscheinen. Nach Sichtung der Fotos durch das Gericht sticht der Stand des Antragstellers gegenüber den anderen nicht derart positiv heraus, dass sich die Gleichbewertung trotz der gewissen Freiheit subjektiver Wertungen bei diesem Kriterium als Ermessensfehler zulasten des Antragstellers darstellen würde. Nicht die volle Bewertung zu geben, weil

man noch Verbesserungsmöglichkeiten bei allen sehe, steht der Antragsgegnerin frei. Diese nicht zu benennen, ist angesichts der Tatsache, dass das Angebot zunächst durch die Bewerber unterbreitet wird und eine Vielzahl ästhetischer Gestaltungsmöglichkeiten besteht, ebenfalls kein Ermessensfehler. Dass so nicht genau vorherzusagen ist, ab welchem Punkt man einen Standplatz erhält, ist auch unter dem Gesichtspunkt der Transparenz unschädlich, da nur klar sein muss, nach welchen Kriterien die Bewerber beurteilt werden. Wer einen Standplatz erhält, hängt dann aber eben auch von den Mitbewerbern ab.

#### **43**

Die Standgröße spielt daneben eine ausreichend große Rolle. Angaben zur Standgröße wurden von jedem Mitbewerber gemacht. Dass die Größe eine Rolle spielt, heißt aber nicht, dass es schon ein Ermessensfehler wäre, einen 5m-Stand nicht besser als einen 8m-Stand zu bewerten. Vielmehr kann auch ein Größenbereich bestehen, in dem das Einfügen nach Bewertung durch die Antragsgegnerin gleichermaßen gegeben ist, sodass nur auf die Optik abgestellt und diese gleich gut bewertet wird. Dies ist eine noch nachvollziehbare Anwendung des Kriteriums.

#### **44**

c. Die Besserbewertung der Mitbewerberin C... hält sich jedenfalls im Rahmen des Ermessens, da weitere Maßnahmen zum Umweltschutz in der Bewertungsmatrix gewürdigt wurden, z.B. wiederverwendbare Verpackungen ohne Aufpreis. Zwar könnte man die Verwendung von Gläsern durchaus hinterfragen, da auch Papiertüten wohl recyclet werden können, Gläser aber auf der Veranstaltung zu Bruch gehen können. Es ist jedoch zumindest nicht fehlerhaft, ein System mit Bonuskarten und Wiederbefüllung selbst unter dem Gesichtspunkt, dass es sich am Weihnachtsmarkt oft nicht um Stammkunden handeln wird, als zusätzliche Maßnahme zum Umweltschutz positiv zu werten.

#### **45**

d. Die Abwertung gegenüber anderen Bewerbern um einen Punkt auf 4 von 5 Punkten beim Kriterium „bekannt und bewährt“ ist ebenfalls nicht ermessensfehlerhaft. Übereinstimmend und entsprechend der ausgefüllten Bewertungsmatrix stützt sich diese Abwertung darauf, dass bei der Frühjahrsdult 2017 vor Festbeginn die maximale Standlänge durch einen zusätzlichen Anbau überschritten wurde und nach Festbeginn ein Werbeaufsteller in Form einer ... außerhalb des Standplatzes und damit in Besucherwegen platziert worden war. Die Einhaltung der vertraglichen Auflagen ist dabei als Bewertungskriterium genannt, es war Gegenstand des Vertrags (Bl. 50 der Gerichtsakte, Ziffer 5a)), die zugewiesene Platzfläche, insbesondere die Frontlänge, einzuhalten.

#### **46**

Dagegen lässt der Antragsteller einwenden, der Zustand sei sofort nach Monierung beseitigt worden und überhaupt durch Sohn und Schwiegersohn entstanden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Bewerber, die sich ohne Aufforderung genau an die Vorgaben, zumal so klare, wie die Standlänge, halten für einen reibungsloseren Ablauf sorgen und daher beim Kriterium „bewährt“ höher bewertet werden können. Schließlich kann so Personaleinsatz erspart werden. Auch handelt es sich nicht deshalb um eine absolute Bagatelle, weil es vor Festbeginn stattfand. Schließlich ist auch gerade für Aufbauarbeiten der freizuhaltende Platz eingepplant.

#### **47**

Weiterhin verfängt nicht, dass der Antragsteller vortragen lässt, dieses Kriterium lasse sich nicht von dem weiteren Kriterium Durchführung unterscheiden. Ausweislich der Erläuterung zum Bewertungskriterium „Durchführung“ geht es dabei darum, „wie (...) der Bewerber beabsichtigt, sein Geschäft zu betreiben“, während sich das Kriterium „bekannt und bewährt“ darauf bezieht, ob der Bewerber „erfahren“ ist, auf die „bisherige Vertragserfüllung“, die (u.a.) „gewerberechtliche Unbedenklichkeit“ und „Referenzen“, mithin also vergangenheitsbezogene Wissensselemente, aus denen zwar eine Prognose gestellt werden kann und sich so eine Ähnlichkeit zum Kriterium der „Durchführung“ andeutet. Eine Unterscheidung ist aber eben noch transparent dahingehend möglich, dass die zu wertenden Tatsachen beim hiesigen Kriterium aus der Vergangenheit stammen und bei der „Durchführung“ die Absicht hinsichtlich der Modalitäten beurteilt wird. Dass auch rein die Absicht bewertet wurde, zeigt sich in der Vergabe der vollen Punktzahl an den Antragsteller, da die Antragsgegnerin vorträgt und der Antragsteller für die Frühjahrsdult 2017 bestätigt hat, dass auch manchmal nur Familienmitglieder anwesend sind, was eine Werbung mit durchgehender persönlicher Anwesenheit kaum abdecken würde. Dieses vergangenheitsbezogene Erfahrungswissen ist



jedoch gerade nicht in die „Durchführung“ eingeflossen, sodass die Abgrenzung nicht nur transparent möglich, sondern auch in der Anwendung beachtet worden ist.

#### **48**

Daneben sind auch keine weiteren nicht gerügten Fehler bei der Ausübung des Auswahlermessens erkennbar, insbesondere wurde das Kriterium der Ortsansässigkeit nun so ausgelegt, dass diese noch bestehen muss und damit das für 2016 bestehende Problem beseitigt.

#### **49**

Mangels Fehler im Rahmen des Auswahlermessens besteht somit kein Anspruch auf Zulassung zum Christkindlmarkt 2017.

#### **50**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

#### **51**

4. Die Streitwertfestsetzung folgt aus den §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Nach dessen Nr. 54.5 entspricht der Streitwert bei Streitigkeiten über die Zulassung zu einem Markt dem zu erwartenden Gewinn, mindestens aber 300,- € am Tag. Der Weihnachtsmarkt in ... dauert vom 30.11.2017 bis zum 23.12.2017, mithin 24 Tage. Der daraus errechnete Streitwert von 7.200,- € für das Hauptsacheverfahren war nach Nr. 1.5. des Streitwertkatalogs im Eilverfahren zu halbieren und somit auf 3.600,- € festzusetzen.